

Autor: Zenildo Bodnar

Juiz Federal Substituto

Publicado na Edição 15 - 22.11.2006

Sumário: Introdução. 1. O Estado constitucional ecológico e a tutela do direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado. 2. A função socioambiental da propriedade no Estado constitucional ecológico. 3. Necessidade de um novo critério racional de justiça para o meio ambiente. 4. O pluralismo jurídico ambiental. 5. O perfil ideal dos juízes para a tutela do meio ambiente. 6. Politicidade das decisões em matéria ambiental. 7. Hermenêutica ecológica. 8. O Poder Judiciário e a tutela cível e penal do meio ambiente. 9. Necessidade de uma nova dogmática processual para a tutela do meio ambiente. 10. A participação nos procedimentos como forma de legitimação das decisões ambientais. Conclusão. Anexo.

Introdução

O Poder Judiciário desempenha um papel cada vez mais relevante na concretização do direito fundamental em busca de um meio ambiente saudável e equilibrado, papel este que deve ser realizado com idealismo, criatividade e responsabilidade social.

A sociedade contemporânea da globalização, da revolução tecnológica e de ataques suicidas do homem ao meio ambiente caracteriza um novo tempo. Um tempo de grandes mudanças e transformações, as quais atingem espaços jurídicos, políticos, econômicos e até culturais. Surgem, então, novos direitos, novos atores sociais e novas demandas, as quais reclamam novas e inteligentes formas de equacionamento.

Essa nova realidade impõe grandes desafios ao Poder Judiciário e exige de seus integrantes uma nova postura, a iniciar pela necessidade de um repensar crítico acerca dos critérios clássicos de justiça e da teoria tradicional do Direito, entendido como criação exclusiva e perfeita do Estado, bem como de novas formas de prestação jurisdicional, mais democráticas, eficazes socialmente e comprometidas com os reais anseios da comunidade.⁽¹⁾

Este trabalho não aborda apenas as questões estruturais do Poder Judiciário para uma adequada proteção ao meio ambiente, pois é a qualidade das decisões judiciais o aspecto mais importante a ser destacado sobre o papel do Poder Judiciário na proteção do meio ambiente.

Analisa-se o Estado constitucional ecológico com o objetivo de destacar quais são os valores que devem ser realçados e prestigiados pelo Poder Judiciário na prestação jurisdicional em matéria ambiental, destacando-se a importância da função socioambiental da propriedade. Defende-se a necessidade de um novo critério racional de justiça para o meio ambiente e o pluralismo ambiental. Investiga-se o perfil ideal dos juízes para a tutela ambiental, a politicidade das decisões ambientais e a hermenêutica ambiental, destacando-se a importância do critério da ponderação ecológica. Estuda-se a atuação do Poder Judiciário em matéria cível e penal. Defende-se a necessidade de uma nova dogmática processual para a tutela do meio ambiente; destaca-se a importância da participação nos procedimentos como forma de legitimação das decisões judiciais e de democratização do acesso à justiça.

Defende-se neste artigo a importância da formação de uma nova cultura na prestação jurisdicional para a proteção do direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado, cultura esta que efetivamente contribua para a emancipação do homem em sociedade, dotada de sensibilidade moderna, com uma perspectiva mais humana, que efetivamente transforme o foro judicial em um espaço de cidadania ampliada.

1. O Estado constitucional ecológico e a tutela do direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado

O Estado constitucional, além de ser democrático e social, deve também ser regido por princípios ecológicos e contemplar novas formas de participação popular para que os cidadãos possam efetivamente participar e decidir os destinos da vida ecológica comunitária. Essas são as idéias centrais de um Estado constitucional ecológico.⁽²⁾

No Estado constitucional ecológico a qualidade da vida humana é o principal objetivo a ser atingido. Esse desiderato é buscado a partir dos princípios fundamentais estabelecidos no artigo 3º da CRFB/88, cuja pauta axiológica central tem como base a dignidade da pessoa humana, a solidariedade, a erradicação da pobreza e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

O conceito de meio ambiente tutelado pelo Estado constitucional ecológico não é um conceito apenas naturalista, envolve o ambiente em sentido amplo como todas as circunstâncias exteriores (econômicas, sociais e culturais) que influenciam direta ou indiretamente na qualidade da vida humana.⁽³⁾

O meio ambiente é um dos bens jurídicos mais caros e preciosos para o ser humano, especialmente nos tempos em que vivemos, tendo em vista que a vida nunca esteve tão ameaçada (inundações, extinção da camada de ozônio, falta de água potável e energia, chuva ácida) pelo risco da falta de bens indispensáveis. Trata-se de um dos direitos humanos⁽⁴⁾ mais relevantes e merece proteção em escala mundial. Possui, também, status de direito fundamental⁽⁵⁾ à medida que constitui a principal forma de concretização da dignidade da pessoa humana, sua existência e qualidade de vida.

O Estado constitucional ecológico impõe uma redefinição do conteúdo dos direitos de feição individualista, os quais devem estar também a serviço de toda a coletividade. O direito de propriedade, por exemplo, deve ser exercido em consonância com suas finalidades socioambientais, sob pena de não estar legitimado e protegido constitucionalmente.⁽⁶⁾

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 impõe ao Estado e à sociedade o dever de preservar e proteger o meio ambiente em todos os lugares e tempos para todas as gerações vindouras (CRFB/88 Art. 225). O Poder Judiciário, como um dos Poderes do Estado, tem a função proeminente de fazer valer esse comando constitucional e também de tutelar o meio ambiente com a utilização da função promocional do direito.

A função promocional do direito, presente nas decisões do Poder Judiciário, merece especial realce em matéria ambiental, tendo em vista a natureza pedagógica das decisões, as quais devem promover uma nova cultura ecológica conservacionista, estimulando ações concretas em prol do meio ambiente saudável.

Destaca Freitas [2001, p. 29-30] que "o juiz tem um relevante papel em matéria ambiental: primeiro, por exercer um dos poderes da República em nome do povo e ter por obrigação defender e preservar o meio ambiente para presentes e futuras gerações (CF, arts. 1º, parágrafo único, e art. 225, caput), segundo, como intérprete das normas ambientais".

Os problemas do direito do ambiente são altamente complexos e rodeados de incertezas. As fórmulas generalistas estabelecidas pelo Estado através de seus legisladores para o meio ambiente nem sempre são adequadas para a solução da infinita quantidade de casos e situações existentes e do conceito aberto e relativo do próprio meio ambiente.⁽⁷⁾

A deficiência do direito do ambiente não está apenas na omissão do Estado na edição de normas, mas também no grande número de leis

que são total ou parcialmente inexecutáveis, fato este que agrava ainda mais o problema da falta de efetividade do direito ambiental.

A dogmática processual tradicional, construída apenas para resolver conflitos individuais, também não equaciona com eficácia as ofensas aos bens ambientais. Deve o Estado constitucional ecológico facilitar o acesso do cidadão à justiça ambiental não apenas criando outros instrumentos de defesa, mas principalmente conferindo uma interpretação adequada aos instrumentos processuais já existentes, como a Ação Civil Pública e a Ação Popular, para conferir-lhes a verdadeira amplitude e potencialidade.

Dentro desse contexto, o papel do Poder Judiciário é ainda mais importante na concretização do direito fundamental de todos ao meio ambiente saudável e na construção deste verdadeiro Estado constitucional ecológico.

2. A função socioambiental da propriedade no Estado constitucional ecológico

As tensões entre o homem e a natureza formam uma constante na história da humanidade. A busca irresponsável do progresso tem levado o homem a ser o inimigo número um da natureza, à medida que é o maior protagonista de condutas ofensivas ao ambiente.

Nalini [2004, p.57] destaca de forma contundente o comportamento suicida do homem, na atualidade, diante da natureza:

“Morador insensato de um planeta de recursos escassos, o homem tem sido o mais eficiente destruidor da natureza. Usa dela como se diante de um supermercado gratuito. A começar pelos bens mais preciosos, água e ar, o balanço da atividade humana sobre a Terra evidencia uma tendência suicida. A humanidade despeja na natureza, todos os anos, 30 bilhões de toneladas de lixo! Quem mais sofre com isso é a água. Bem que não se multiplica, nem se reproduz.”

A cultura do ter em desprestígio do ser, da valorização do Eu em detrimento do nós, torna o homem um ser altamente egoísta, muito mais preocupado com os interesses pessoais e com as necessidades imediatas do que com o bem do próximo e das futuras gerações.

É um compromisso de todos e em especial do Poder Judiciário mudar esse paradigma individualista desenvolvendo uma nova ética, mais solidária, responsável e comprometida com o meio ambiente, patrimônio maior de toda a humanidade.

A construção desse novo paradigma, inclusive nas decisões do Poder Judiciário, depende da redefinição de alguns dogmas individualistas

dos últimos séculos, a exemplo da sacralização⁽⁸⁾ do direito à propriedade privada. É com o direito fundamental de propriedade que o direito ao meio ambiente equilibrado vai experimentar as maiores tensões.

Tessler [2003] defende que "O Juiz para bem decidir as questões ambientais deve internalizar a idéia de que a preservação ambiental integra o conceito da função social da propriedade e de que a função social da propriedade só é cumprida quando atendida a perspectiva ambiental".

O Poder Judiciário deve reconhecer que o caráter absolutista dos direitos não pode mais ser aceito na atualidade, hoje os direitos de cunho individualista devem ser reconhecidos com certa relativização a fim de contemplar os interesses da coletividade. Os princípios e normas precisam, na colisão, conviver harmonicamente, devendo ser prestigiados os interesses maiores da comunidade.

A CRFB/88, ao prescrever no artigo 1º que a República Federativa do Brasil constitui um Estado Democrático de Direito, fundamentado na dignidade da pessoa humana e tendo como objetivos, entre outros, o de construir uma sociedade livre, justa, solidária e fraterna. Estabeleceu uma ideologia que deve iluminar todo o ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional em todos os campos do direito, em especial o direito de propriedade, o qual irá definir os contornos e a função da riqueza no país.

Os valores previstos na CRFB/88 vão além dos ideais do liberalismo – ideologia que dominava o período do Estado burguês de Direito –, isso porque, além da liberdade frente ao Estado e da igualdade formal, adota também como base os valores da dignidade da pessoa humana, a função social da propriedade, a justiça social, o pluralismo e a solidariedade social, entre outros.

A base axiológica e de princípios da nossa CRFB/88 consagra a proteção jurídica à fraternidade, terceiro ideal da Revolução Francesa, à medida que a solidariedade ganha valor jurídico, circunstância esta que deve iluminar o legislador e o operário jurídico na disciplina e na aplicação dos direitos, em especial do direito de propriedade ao meio ambiente.

A solidariedade exige um pensar coletivo, impõe preocupações com o próximo, inclusive a responsabilidade de todos para com as gerações futuras, ou seja, tem-se um contrato social que obriga também a geração atual com as vindouras.

Hoje, todo o direito deve estar voltado para garantir a dignidade e a qualidade da

pessoa humana como valor maior e não apenas estar a serviço da satisfação de interesses individuais e egoísticos.

A tarefa maior do Estado constitucional ecológico é garantir a todos a existência digna conforme os preceitos da justiça social, e para que esse ideal seja alcançado os institutos e direitos também devem exercer funções relacionadas ao bem estar da comunidade.

Nesse contexto, a propriedade apresenta um novo conteúdo ético e jurídico e hoje, sem perder o status de direito fundamental, está mais voltada aos anseios gerais da coletividade e compromissada com a efetiva proteção do meio ambiente.

A evolução da sociedade e do Estado implicou a redefinição do conteúdo do direito de propriedade à medida que esta passa a não mais servir ao seu titular, mas também a desempenhar uma função em prol da sociedade. A propriedade, hoje, pode ser comparada a uma moeda preciosa que apresenta duas faces: uma voltada para o indivíduo e a outra para toda a coletividade.

De acordo com a evolução do tratamento constitucional e do regime jurídico outorgado pelo novo Código Civil, a propriedade sofre uma reestruturação em seu conteúdo interno, passa a não ser apenas um direito, e sim uma função, valoriza-se o atendimento aos fins da comunidade em desprestígio ao interesse egoístico do titular do direito.

Não se trata de uma norma constitucional ou princípio marxista ou socialista, até mesmo porque a CRFB/88 incentiva e protege a criação e a multiplicação da riqueza, porém a exigência de cumprimento da função socioambiental é necessária para a eliminação do caráter burguês da propriedade do início do século XX e para que este direito seja exercido em sintonia com valores ainda mais relevantes para o pleno desenvolvimento da vida humana no planeta.

O proprietário não pode mais ser um monarca absoluto de seu "sagrado" direito com atitudes parasitárias de comodismo, pois tem uma hipoteca social importante que grava e onera a sua propriedade, a qual não pode ser um instrumento utilizado apenas para a satisfação de interesses egoísticos e excessivamente personalistas, mas sim um direito com profundo espírito social exercido com responsabilidade ambiental.

O cumprimento da função socioambiental legitima o direito de propriedade à medida que esta passa a ser respeitada e aceita pela coletividade. Os interesses da coletividade e do proprietário se

complementam e se compensam mútua e reciprocamente no exercício do direito de propriedade.

É tarefa complexa conceituar ou definir com precisão a função socioambiental da propriedade, especialmente em razão de esse princípio estar impregnado de conteúdo ideológico e em face da própria dinâmica da propriedade. Cabe ao intérprete, partindo dos preceitos legais e constitucionais sobre o tema, avaliar, dentro das circunstâncias concretas, a legitimidade do exercício do direito de propriedade, sempre ponderando e harmonizando os interesses eventualmente colidentes, sem comprometer o núcleo essencial do direito fundamental de propriedade e deixar de conferir atenção especial e prioritária ao macrobem “meio ambiente”.

3. Necessidade de um novo critério racional de justiça para o meio ambiente

Um dos maiores obstáculos para a atuação do Poder Judiciário é a falta de uma cultura jurídica própria para o meio ambiente, tendo em vista a especialidade e a complexidade da matéria, tanto no plano processual quanto no plano do direito material.

As mudanças na sociedade exigem também uma adequação na teoria do direito. As novas demandas da sociedade contemporânea, notadamente as que se referem aos direitos e interesses difusos, como é o caso do meio ambiente, estão a exigir um repensar crítico do Direito e das formas e critérios para se chegar a uma decisão justa e que seja socialmente útil.

Nesse contexto, destaca-se a importância da formação de uma nova cultura na prestação jurisdicional, especialmente na proteção dos direitos difusos fundamentais, como é o caso do meio ambiente.

A dogmática envelhecida já cumpriu a sua função social, superando e denunciando as limitações do Direito Natural. No entanto, não consegue responder às novas demandas da modernidade, que envolvem bens supra-individuais, colisão de princípios e valores, tutela dos novos direitos, entre outros problemas impensados até então.

O direito ambiental não tem e nem pode ter como fonte única de criação o Estado, e as propostas dadas por este para a resolução dos conflitos também são insuficientes para dar soluções justas e socialmente úteis a todos os casos.

Por isso, Calsamiglia [1998, p. 214] defende que uma das tendências da teoria jurídica contemporânea é o reconhecimento da indeterminação do Direito, destaca que essa indeterminação decorre

da diversidade de fontes do Direito e que em termos práticos muitas vezes a decisão justa deve ser buscada nas fontes sociais, pois estas oferecem respostas adequadas para os conflitos interpessoais.

Um dos mais significativos postulados da dogmática jurídica é a valorização da segurança jurídica, como condição para a ordem e harmonia social. A concretização deste ideal é operacionalizada por meio do Direito estrito,⁽⁹⁾ purificado de qualquer valoração subjetiva do julgador.

Ocorre que o Direito estrito, além de não possuir respostas para todos os casos e em muitas situações ser inadequado, é também insuficiente para atender às demandas oriundas das relações sociais, as quais exigem que as normas sejam justas e úteis.⁽¹⁰⁾ Uma das maiores crises de efetividade de que padece o direito ambiental é exatamente a falta de exequibilidade parcial ou total de muitas normas generalistas.

A idéia de completude⁽¹¹⁾ é outro mito preconizado pelo Direito estrito, posto que considerando a riqueza e complexidade dos fatos sociais é impossível a regulamentação prévia de todas as possíveis condutas humanas.

Surge, assim, espaço para a equidade⁽¹²⁾ ambiental como um instrumento de adequação da norma abstrata à situação concreta. O nosso ordenamento jurídico prescreve a utilização da equidade em vários momentos,⁽¹³⁾ na maioria dos casos o faz como critério de integração ou interpretação da norma, não conferindo um cheque em branco ao julgador para decidir sempre por equidade, ainda que contrariamente à disposição expressa em lei.

Entretanto, como toda atividade decisória é em certa medida uma atividade de criação,⁽¹⁴⁾ admite-se excepcionalmente a equidade substancial para afastar a incidência de uma norma quando esta, de acordo com as particularidades do caso concreto, for manifestamente injusta ou não for socialmente recomendável⁽¹⁵⁾ especialmente por conferir maior proteção ao meio ambiente.

A busca subjetiva do justo, sem critérios racionais nem limites, poderia colocar em risco o próprio Estado de Direito,⁽¹⁶⁾ assim como a aplicação fria da lei em descompasso com os anseios e valores sociais seria uma atividade inoportuna e socialmente inútil.

Nesses termos, a mitigação do dilema (Direito estrito X equidade) pode ser alcançada com a conjugação e harmonização dos ideais de Justiça e utilidade social, visando ao bem comum, e de segurança

jurídica,(17) objetivando a ordem e a paz social, sendo a eqüidade o grande instrumento para se chegar a essa posição de equilíbrio.(18)

Com a crise do positivismo surgiram novas escolas e teorias jurídicas tentando explicar o fenômeno jurídico na busca do ideal de decisões justas. A reação mais contundente ao positivismo foi da escola do Direito livre,(19) segundo a qual o direito teria como fonte a própria sociedade, sendo inadequada a regulação de condutas por normas gerais. Entretanto, o radicalismo dessa corrente exige temperos para o equilíbrio e a razoabilidade nas decisões e para que estas não descambem para os caprichos do julgador.

Nesta árdua missão de encontrar o caminho para a decisão idealmente justa, entra em cena a importante missão do magistrado. Sua tarefa será, partindo da norma positivada, dar a ela vida e inteligência a fim de que, comprometido eticamente com os anseios da sociedade atual(20) e com os princípios ecológicos, possa atingir o maior grau possível de justiça e utilidade.

A complexidade das questões envolvidas no meio ambiente desafia o Poder Judiciário a lutar pela busca de decisões ambientalmente justas. Mas o que vem a ser essa decisão ambientalmente justa? A resposta é inatingível até para a Filosofia do Direito.(21) Sendo assim, qual é então a direção ou o ideal que o magistrado com consciência ecológica deve seguir? Não sendo possível identificar com precisão absoluta o que vem a ser a decisão ambientalmente justa, deve-se lutar contra as injustiças ambientais, pois os ataques e as ofensas aos bens e aos valores ambientais são facilmente perceptíveis. E mais, lutar para que as decisões sejam socialmente úteis ou, quando isso não é possível, ao menos para que os seus impactos negativos sejam mínimos e para que os danos decorrentes das agressões sejam divididos com certa eqüidade.

A crise pela qual passa o Poder Judiciário, especialmente por não dar respostas satisfatórias às novas demandas, exige uma postura crítica dos seus integrantes, os quais devem, no exercício do seu importante ofício, superar as irracionalidades do sistema positivo. E, levando a sério o direito e a Justiça, entregar ao jurisdicionado uma prestação jurisdicional útil e que realmente traduza os reais anseios do homem enquanto ser criado e vocacionado espiritualmente para a felicidade.

A utilidade social da decisão, especialmente em matéria ambiental, deve ser a constante preocupação ética e política dos operadores do direito. Todos os operadores devem ter consciência da importância social das suas decisões, para, superando a irracionalidade do sistema jurídico posto, buscar maximizar os resultados efetivamente benéficos ao desenvolvimento social da comunidade. A decisão que

pretenda ser justa deve ter compromisso com a concretização dos valores vigentes, ser oportuna, eqüitativa e socialmente útil.(22)

Após discorrer sobre o fenômeno da globalização e sua influência no direito, Atienza [2004] defende que atualmente falta uma moral interna para o direito, pois este não pode ser um simples jogo intelectual, deve ser uma prática comprometida com o desenvolvimento social, observa que os juristas devem resistir aos temas da moda e discutir problemas realmente importantes sem ter medo de pensar por si mesmos. Enfatiza a importância da história e que o juiz deve estar sensibilizado com o contexto e principalmente com as consequências sociais de suas decisões.

A decisão precisa ter a "cara do juiz", de seu pensamento responsável e de seu sentimento de justiça afinado com os reais anseios da sociedade a que serve. No judiciário do novo milênio não deve haver espaço para técnicos burocratas alienados, que pronunciam o direito como os antigos juizes "boca da lei" ou como simples reprodutores da jurisprudência dominante, pois os juizes, enquanto peças-chaves para o engrandecimento da democracia, devem protagonizar em cada ato a transformação da sociedade, cada vez mais plural e diversificada no novo milênio.(23)

Portanova [1994, p. 155] destaca a função social da sentença e que o juiz "é um agente global de transformação", enfatizando que "A sentença é o momento em que o juiz revela, ilumina e descobre a realidade social [...]. A decisão deve deixar fluir as transformações sociais". O magistrado idealista precisa acreditar que pode mudar o mundo para melhor, banindo dele a ética egoísta e disseminando uma ética solidária e ambientalmente correta.

A compreensão do fenômeno jurídico da atualidade está a exigir uma reflexão crítica. A crise do positivismo desafia a descoberta de um novo critério racional de justiça, comprometido eticamente com os valores democráticos e que esteja a serviço da emancipação do homem em sociedade e de sua dignidade.

Esse quadro desafia os operadores e cientistas do Direito, especialmente os magistrados, à busca não apenas de críticas responsáveis ao sistema posto, mas principalmente da atuação comprometida com os ideais da construção de uma sociedade mais justa e solidária formada por cidadãos conscientes e responsáveis.

O juiz deve, com critérios racionais e com o maior grau possível de segurança jurídica, redefinir e dinamizar o Direito estrito, de acordo com os anseios da sociedade de sua época, temperando os rigores e incoerências da norma com a eqüidade e sem jamais esquecer que a decisão deve ser antes de tudo oportuna e socialmente útil e que as

práticas plurais – quer seja nas formas de regulação de comportamentos e condutas, quer na solução de conflitos – nascidas no próprio seio da comunidade devem ser valorizadas e prestigiadas. Só assim estar-se-á no caminho certo para a construção do ideal preconizado por Melo (1994 p. 131-132) de "[...] um Direito novo, desejável, criativo, libertador, racional e socialmente conseqüente [...] mais justo, legítimo e útil", tarefa de todos os operários da Justiça que levam o Direito a sério.

Não se trata de desconsiderar o ordenamento positivo, nem de fazer às vezes do parlamento, mas sim de aplicar a realidade normativa de forma crítica e responsável, com os olhos voltados para a Constituição. "Em suma, o juiz brasileiro deve não só dar à norma uma interpretação condizente com o interesse público que ela ostenta, mas ir mais além, deixando de lado o imobilismo e a omissão" [FREITAS, 1990, p. 34].

4. O pluralismo(24) jurídico ambiental

Neste contexto é identificada a grave crise do positivismo na atualidade (falta de legitimidade e ineficácia), surge o pluralismo como um dos critérios racionais adequados para que a magistratura do novo milênio atenda com maior competência às novas demandas ambientais da sociedade moderna.

Pautada nos ideais do pluralismo jurídico, a magistratura poderá atuar de forma mais flexível na resolução das novas demandas, como mediadora dos conflitos sociais, fato que contribuirá decisivamente para que o Poder Judiciário seja mais democrático e eficaz.

Wolkmer [2001, p. 175], ao desenvolver sua crítica jurídica ao Direito, destaca a necessidade de se proclamar a emergência de outro Direito, com base no Pluralismo Jurídico,(25) uma nova cultura participativa e democrática que "[...] torne prioritário o reconhecimento para um projeto ético-político emancipador, viabilizador do florescimento de uma nova cultura jurídica".

Destaque-se que o pluralismo não é uma prática que pode ocorrer apenas fora do aparato estatal (sindicados, associações, etc), os juízes também podem utilizar o pluralismo jurídico como direção para fundamentar suas decisões e procedimentos.(26)

Atienza [2004], em brilhante conferência, concluiu que hoje falta para a teoria do direito basicamente três coisas: a) novos conceitos (provenientes de outras ciências, como, por exemplo, diversidade, conflito e argumentação); b) o desenvolvimento de mais teorias sociais; c) o Pluralismo Jurídico.

O pluralismo ambiental enquanto espaço de exercício de cidadania também fomenta uma nova cultura na jurisdição ambiental, pois a função social do processo exige que o magistrado torne o processo mais democrático e dinâmico, possibilitando uma participação mais efetiva das partes e interessados, mormente em questões que envolvam expressivo número de pessoas e interesses colidentes como nas lides ambientais, pois nesses casos a demanda não interessa apenas às partes formalmente constituídas e representadas na relação processual, interessa a toda sociedade, que pode contribuir decisivamente com a construção de uma decisão justa.

5. O perfil ideal dos juízes para a tutela do meio ambiente

A sociedade atual, da revolução tecnológica e da intensificação do fenômeno da globalização, é muito mais desafiadora para os juízes.⁽²⁷⁾ Esse quadro demonstra a grande responsabilidade que tem a magistratura para a construção de um mundo melhor, mais humano e igualitário e com mais oportunidades para todos.

O juiz cidadão, comprometido com os novos reclamos da sociedade contemporânea, deve buscar, no cotidiano de sua atuação, ampliar os mecanismos de acesso ao pleno desenvolvimento humano, dando especial proteção aos direitos fundamentais (sociais e individuais) previstos pela nossa Constituição explícita ou implicitamente (meio ambiente, alimento/salário, moradia, educação, saúde, emprego e outros).

Nesse sentido, Cintra Jr [1999, p. 145] expõe que "Um novo juiz só pode ser o que imprima uma força promocional ao direito, numa relação dialética com os fatos sociais, que observa atentamente à ordem constitucional democrática".

Hoje, não basta conhecer o Direito com profundidade, é preciso atitude, coragem

para inovar e principalmente preocupação com as consequências sociais das decisões. Julgar bem é uma verdadeira arte, como aquela exercida pelos grandes músicos e poetas.

Cárcova [1996, p.176] destaca que "Uma visão crítica e discursiva do direito implica conceber o papel dos juízes - voltando a eles mais uma vez - com um papel criativo, interveniente, teleológico; com um papel que deve atender tanto ao conjunto de valores contidos nas normas e, fundamentalmente, às garantias básicas consagradas em cada ordenamento, quanto aos efeitos sociais de sua aplicação."

Além de um conhecedor profundo do Direito, da História e de outras ciências correlatas, o magistrado deve ser dotado de alta

sensibilidade social, para apreender as injustiças produzidas pelo sistema social, político e econômico em que vive. Carvalho [1996, p. 55] faz referência a essa qualidade essencial do magistrado, ao defender a necessidade do "Juiz orgânico" sempre inquieto com a estrutura posta.

Essa inquietude a que se refere Carvalho deve ser uma constante em matéria ambiental, pois o magistrado jamais poderá se acomodar e perder a capacidade de indignação com os ataques suicidas perpetrados contra o meio ambiente, tendo em vista que todos podem e devem contribuir para melhorar as condições de vida no planeta.

Piero Pajardi, (28) magistrado italiano, defende que devemos criar um novo operador do direito, menos técnico e que saiba superar, integrar e completar a técnica com sensibilidade social e abundância de humanidade.

A importância da sensibilidade social do julgador também é destacada por Faria [1994, p. 112], o qual é enfático ao afirmar que na resolução de conflitos sociais o juiz deve atuar como um "arquiteto social", modificando as concepções discriminatórias da ordem jurídica vigente, valendo-se de suas sentenças como instrumentos, que auxiliem os grupos e as classes subalternas a se constituírem efetivamente como "sujeitos coletivos de direito".

Prudente [2000, p. 97] prega que, "No alvorecer do terceiro milênio, a justiça há de se fazer presente no convívio humano, com a marca da independência e coragem de seus operadores, na construção de uma sociedade feliz, como é próprio da vocação espiritual do homem".

Nalini [1999, p. 64 e ss], em artigo intitulado "Dez recados ao Juiz do III milênio", critica a atual formação do julgador, advinda de uma educação positivista, dogmática e formal. Discorre sobre a necessidade premente de a função judicante se modernizar. Aponta dez recados ao juiz do próximo milênio, em que ressalta a importância da celeridade, do rompimento de barreiras e da experimentação; destaca, ainda, que a implementação dessa mudança poderia ser feita apenas por meio da aplicação efetiva da Constituição, de feição dirigente e principiológica; conclui que o juiz eticamente comprometido com sua missão prescinde de comandos normativos, mandamentos ou recados, já que o melhor corregedor é sua própria consciência ética. (29)

Hoje, também, merece destaque a importância do judiciário no reconhecimento dos novos direitos, especialmente em casos de morosidade do Poder Executivo, o qual, afastando-se das práticas do

welfare state, deixa de honrar com os compromissos solenemente assumidos pelo Estado na Constituição. Esta importante missão de completar e reconhecer direitos ampliando os espaços de cidadania caracteriza o fenômeno da judicialização da vida social,⁽³⁰⁾ pelo qual o poder judiciário como poder político desempenha um papel proeminente na salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais.

É concretizando os direitos fundamentais e em especial o direito de todos ao meio ambiente protegido que o magistrado estará legitimando a sua atuação diante da sociedade. Ibanez [2002, p. 386], Juiz da Suprema Corte Espanhola, é enfático ao concluir que "A legitimidade original do juiz deve complementar-se necessariamente com a que só se alcança mediante o exercício do poder judicial numa autêntica qualidade constitucional, pela sua funcionalidade efectiva de garantia dos direitos fundamentais".

A importante missão de julgar não pode estar restrita a comandos simplórios de "condeno/absolvo", "procedente/improcedente", como se fosse possível resolver as complexas questões apresentadas na atualidade na base do "tudo ou nada". Nalini [1998, p. 96] defende que a Justiça deve estar mais aberta ao mundo social e que o magistrado deve ser menos juiz e mais pacificador social e conciliador dos interesses em conflito.⁽³¹⁾

Como pacificador social deve o magistrado incentivar com responsabilidade a conciliação, valorizando fórmulas e critérios eleitos pelos próprios litigantes para colocar fim ao litígio, ainda que tenha que utilizar procedimentos não previstos pelo legislador processual, como audiências públicas, com a participação de representantes de associações, autoridades públicas, entre outros, ainda que não estejam formalmente incluídos na relação processual. Nalini [1998, p. 95] aduz que o juiz do futuro deve adotar uma via judiciária mais flexível, menos dogmática e impositiva.

Herkenhoff [1996, p. 178] sustenta que o magistrado deve ser um misto de juiz e poeta: "vejo o juiz como um poeta, alguém que morre de dores que não são suas, alguém que vive o drama dos processos, alguém capaz de descer às pessoas que julga, alguém que capta os sentimentos e aspirações da comunidade, alguém que incorpora na sua alma e na sua vida a fome de justiça do povo a que serve".

Isso tudo porque nem sempre a lei fria representa o verdadeiro ideal de justiça buscado pelas partes,⁽³²⁾ pois a norma muitas vezes já está em descompasso com os princípios e valores de uma determinada comunidade. Araújo [2003, p. 123] salienta que "O magistrado não deve, no ato interpretativo, ater-se exclusivamente ao direito legislado, mas, diante de uma pauta axiológica, deve

buscar o verdadeiro sentimento de justiça, sem descambar para a arbitrariedade".

Na obra *Justiça e Conflito*, José Eduardo Faria [1994, p. 23 e ss], defende: a) a necessidade da mudança de paradigmas (modelos cognitivos e métodos hermenêuticos), b) a importância da avaliação das consequências da decisão não apenas para as partes, mas para a sociedade como um todo, e c) que o juiz adote critérios transparentes e razoáveis de construção de uma "norma-aplicável-a-um-determinado-caso" sem desvinculação do ordenamento legal e sem a institucionalização do direito livre.

A condição pessoal do juiz, como circunstância decisiva na solução da controvérsia ambiental, também é lembrada pelo Desembargador aposentado do Egrégio Tribunal Federal da 4ª Região Manoel Lauro Volkmer de Castilho:

"A juvenilização e a feminilização da magistratura, bem como a apropriação dela por estratos superiores da classe média, têm não só trazido mais agilidade e desempenho social ativo, como convertido amplos setores da magistratura, de segmentos neutros e passivos em ativos nichos de discussão crítica e prática da legislação, marcadamente a de orientação ambientalista e protetiva dos recursos naturais. Ao lado da crescente defesa dos direitos humanos, retomada em todos os níveis pelas mais compreensíveis razões, mas particularmente porque são idealistas e resolutos os Juizes, desperta agora a magistratura também para a causa ecológica, o que se tem refletido mais e mais na jurisprudência revelando uma tendência de progressão tomara irresistível, repensando institutos e levando o legislador a consolidar o que os pretórios têm construído à base de criatividade e meditação." [Freitas (org.), 1998, p. 170]

É com juizes idealistas, humildes, corajosos, altruístas e indignados com os ataques suicidas perpetrados contra a mãe natureza que será possível ao Poder Judiciário desempenhar o papel de transformador da sociedade para torná-la mais digna e o seu povo mais feliz.

6. Politicidade das decisões em matéria ambiental

Outra questão que merece reflexão é a politicidade das decisões em matéria ambiental, como meio conducente à participação ativa do Poder Judiciário na construção de uma sociedade melhor para todos através do rigoroso controle da Administração Pública e da execução das suas políticas públicas.

Na atualidade um dos principais responsáveis pelos danos diretos ou indiretos ao meio ambiente é o Poder Público, não apenas de forma

comissiva quando causa danos diretos ao meio ambiente, mas também quando deixa de exigir dos particulares os cuidados adequados para a proteção deste (conduta omissiva), como, por exemplo, quando dispensa o Estudo Prévio de Impacto Ambiental, não exerce o seu poder de polícia ambiental, entre outras omissões.

O compromisso do magistrado com a proteção do meio ambiente não é um projeto de quatro anos,⁽³³⁾ é uma missão de vida que deve acompanhar toda a sua existência.

O magistrado precisa ser a cada dia mais político, no sentido puro da expressão. Puggina [p. 176-177] explica que tentar imaginar um juiz apolítico seria o mesmo que dizer que os religiosos não têm sexo pelo fato de se negarem a exercê-lo. E assim como a lei é o ato político do legislador, a sentença é o ato político do juiz.

Veloso [2001, p.34] defende a atuação política do judiciário. "O Judiciário no Século XXI haverá de ser um judiciário que irá influir nos diversos segmentos da sociedade e nos negócios políticos". Deve o Poder Judiciário analisar inclusive a validade do ato administrativo discricionário quando este contraria princípios ecológicos ou valores ambientais prestigiados pela sociedade.

O momento histórico atual exige uma postura cada vez mais ativa da magistratura, especialmente no reconhecimento dos novos direitos e na busca de novas formas de tutela efetiva a estes direitos frente ao Estado⁽³⁴⁾ e de outros mecanismos de poder, inclusive do poder econômico.

Neste contexto está a importante missão do magistrado como verdadeiro "guardião das promessas,⁽³⁵⁾ atuando como "peça central da democracia,⁽³⁶⁾" influenciando positivamente nos grandes destinos da nação e na concretização dos direitos fundamentais ecológicos.

Azevedo [2002, p. 123], após destacar a politicidade do trabalho do juiz, conclui que para a sua ação ser profícua à democracia deve estar habituado a pensar e ter percepção do contexto histórico. Silva [1999, p. 191] esclarece que o juiz é o "porta-voz de atos políticos", na medida em que aplica a vontade da lei, observa, porém que a norma deve estar em "consonância com o consenso social e com a justiça".

Para que o Poder Judiciário atue politicamente como peça-chave da democracia, como autêntico guardião das promessas e para que as decisões sejam socialmente úteis e conseqüentes, os seus integrantes devem buscar e compreender o bom direito não apenas nas fontes oficiais, mas principalmente no seio da sociedade, pois é a

consciência jurídica do povo o que pauta as suas condutas no bom senso que reflete o direito vivo, autêntico e puro.

7. Hermenêutica ecológica

Uma das principais funções do Poder Judiciário na proteção do meio ambiente é a interpretação das normas ambientais. Afinal são os juízes que dão vida aos comandos normativos abstratamente estabelecidos pelo legislador aos casos concretos postos para a sua apreciação.

A interpretação coerente das normas ambientais não é tarefa fácil que possa ser operada apenas com os métodos tradicionais de interpretação. Os conflitos verdes apresentam alto grau de litigiosidade, tensões, lacunas, colisões e ambigüidades, circunstâncias estas que tornarão os métodos tradicionais totalmente anacrônicos.

Por sua natureza e dimensão, os novos direitos e em especial os ambientais estão sempre em rota de colisão com outros direitos e interesses, fato este que exige do intérprete uma ponderação de valores com perspectiva multitemática para compatibilizar os rigores do princípio da legalidade (direito estrito) com a riqueza do caso concreto, sempre na busca de resultados mais satisfatórios socialmente.

A resolução dos casos difíceis pelo Poder Judiciário exige necessariamente a assunção de compromissos valorativos, os quais nem sempre estão expressamente positivados e também não são tão facilmente identificados nas fontes sociais, o que exige do intérprete alto grau de discricionariedade e redobrada fundamentação nas decisões para que estas sejam legítimas.

Ao abordar a temática relativa à solução dos casos difíceis, Dworkin [2002, p. 14] defende que o juiz deve insistir na busca de critérios e na construção de teorias que justifiquem a sua decisão, utilizando-se de princípios. E quando estes estiverem em rota de colisão el juez ante un caso difícil debe balancear los principios y decidirse por el que tiene más peso.

Conforme expõe Alexy, na obra *Teoria de los Derechos Fundamentales* [1993, p. 86], os princípios são mandatos de otimização que podem ser cumpridos em maior ou menor grau, de acordo com as possibilidades reais e jurídicas do caso concreto. Defende que eventuais colisões entre princípios serão resolvidas pela ponderação.⁽³⁷⁾ O método de ponderação consiste na atribuição de pesos aos princípios que estão em rota de colisão no caso concreto,

tendo em vista que este autor não admite a existência de hierarquia abstrata entre os direitos fundamentais.

Nas lides ambientais, em muitos casos, também estarão em conflito direitos fundamentais e princípios, entretanto, em se tratando do macrobem meio ambiente, a ponderação será especial em face da presença de um direito fundamental de destaque que merecerá proteção privilegiada, pois é em última análise a fonte e a garantia da vida humana. A ponderação ecológica, portanto, deverá operar de forma diferenciada, ou seja, o intérprete deverá, sem comprometer o núcleo essencial de outros direitos fundamentais ou princípios, conferir um peso maior ao meio ambiente.

Não se trata de estabelecer uma tirania do valor meio ambiente, mas sim de prestigiar aquele bem jurídico que é o alicerce no qual se fundamenta e se assegura a própria vida humana no planeta.

Muito sábia e oportuna é a lição de Nalini [1996, p. 13] sobre a função do intérprete na opção por valores: "O Magistrado será o intérprete do interesse comunitário, devendo saber distinguir entre valores momentaneamente perseguidos por grupos e aqueles permanentes, a serem garantidos como pressuposto de sobrevivência para as futuras gerações".

Extraír da norma toda a sua potencialidade de proteção ao meio ambiente é o grande norte interpretativo para o magistrado com consciência ecológica.

8. O Poder Judiciário e a tutela cível e penal do meio ambiente

A atuação do Poder Judiciário em matéria ambiental é uma das mais relevantes, à medida que, protegendo o meio ambiente, estar-se-á protegendo em última análise o próprio direito à vida, que é a razão e o motivo da existência do Direito, afinal tudo gira em torno desse bem maior.

Antunes [2004, p. 83] explica que a Constituição Federal de 1988 "deu um grande impulso ao papel desempenhado pelo Poder Judiciário na defesa do meio ambiente e qualidade de vida. Isso ocorreu em razão da existência de um capítulo próprio sobre o meio ambiente, pela ampliação das hipóteses de cabimento da Ação Civil Pública e, mais especificamente, pela ampliação do papel do Ministério Público".

Sendo o meio ambiente um bem jurídico difuso pertencente a toda coletividade, destituído de conteúdo patrimonial direto e imediato, a sua defesa nem sempre é realizada com a mesma atenção que a defesa dos direitos individuais patrimonialistas. Essa circunstância

torna o meio ambiente um direito frágil e sensível e que merece especial e diferenciada proteção. A isso tudo, deve-se acrescentar o fato de que a proteção do meio ambiente em regra colide com grandes interesses econômicos, os quais, sob a retórica do progresso, tentam justificar ofensas ao meio ambiente.

Nesse contexto, o Poder Judiciário deve adotar uma postura ativa determinada e inteligente para, com uma perspectiva publicista,⁽³⁸⁾ buscar a relativização dos dogmas do processo individualista tradicional - construído apenas para compor litígios individuais - no intuito de conferir uma proteção mais adequada ao meio ambiente.

A Desembargadora Federal Marga Inge Barth Tessler, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, defende que o juiz tem um dever próprio e qualificado na defesa do meio ambiente, destaca que o poder criativo é muitas vezes essencial, que o magistrado deve adotar uma postura ativa na produção da prova e ser firme nas "crises de descumprimento" [TESSLER, 2003].

A tutela jurisdicional de qualidade em matéria ambiental é aquela que é prestada com celeridade, tendo em vista a fragilidade do meio ambiente e a irreversibilidade de eventuais danos. Na tutela de urgência o magistrado deve sempre estar atento para o princípio da precaução, o qual recomenda a adoção de medidas imediatas para acautelar eventuais danos ao meio ambiente. Os processos ambientais devem ter prioridade na tramitação, tendo em vista que tratam de direitos difusos os quais podem beneficiar uma grande quantidade de pessoas, daí a importância da especialização de varas ambientais, como já ocorre em algumas cidades no Brasil.

A grande amiga da celeridade é a conciliação, isso porque uma composição amigável adequadamente celebrada resultará em benefícios imediatos ao meio ambiente sem a demora do processo litigioso marcado pela multiplicidade de recursos e incidentes processuais. A verdadeira redenção do Poder Judiciário somente será possível quando a cultura da conciliação tomar conta de todos os foros, pois, conforme anteriormente destacado, o magistrado do novo milênio deve ser muito mais mediador dos conflitos sociais do que julgador. Além do benefício da celeridade, a conciliação tem o grande mérito de facilitar a criação de um direito puro e autêntico para o caso concreto, valorizando os aspectos sociais e humanos envolvidos e a participação do cidadão ou da sociedade representada pelas associações ou mesmo pelo Ministério Público na construção da solução consensual.

Outra medida processual importantíssima na tutela do ambiente é a realização das inspeções judiciais, tendo em vista que a presença física do juiz no local dos danos, além de propiciar maior segurança

no julgamento da causa e de demonstrar à sociedade a preocupação e o zelo que tem pelo meio ambiente, serve como importante subsídio no encaminhamento da conciliação. Se a decisão é também um ato de sentimento, nada melhor para o juiz do que ver e sentir a realidade, além das páginas frias e mortas do processo, para formar a convicção com a janela aberta para a vida.

A atuação do Poder Judiciário em matéria penal ambiental deve ser exemplar, para prevenir novos ataques à natureza, e principalmente efetiva (sanções adequadas e tempestivas), tendo em vista a importância do bem jurídico tutelado pelas normas penais incriminadoras.⁽³⁹⁾ É fundamental que os processos sejam analisados com celeridade e que os crimes sejam efetivamente apurados e punidos, evitando assim a pior mazela do sistema penal da atualidade, que é a sensação de impunidade. A pessoa jurídica deve também ser responsabilizada penalmente, tendo em vista que este instituto jamais pode ser utilizado para a prática de condutas ilícitas, à medida que é reconhecida pelo Direito para desempenhar uma função social em prol do progresso e desenvolvimento da sociedade. As transações penais e suspensões condicionais do processo em matéria ambiental devem sempre contemplar a reparação integral do dano causado, além de medidas alternativas eficazes (prestação pecuniária, serviços comunitários prestados em atividades relacionadas à proteção e educação ambiental, obrigação de frequentar palestras e cursos de educação ambiental, como ocorre na Vara Ambiental de Florianópolis, onde foi criada a Central de Penas Educacionais).

9. Necessidade de uma nova dogmática processual para a tutela do meio ambiente

A configuração dos novos direitos, a sua ordem de conflituosidade que comportam e a diversidade de configuração exigem uma nova dogmática processual para sua adequada tutela. Não é possível solucionar de maneira eficaz os conflitos envolvendo interesses difusos e coletivos com os instrumentos jurídicos construídos para a tutela judicial dos direitos interindividuais.

Para a maioria da doutrina a ação é ainda entendida como sendo um direito subjetivo, ou seja, direito de cada um. Seu exercício válido requer que seja demonstrado já no início da ação de forma instrumental e provisória que a pretensão é objetiva e subjetivamente razoável (possibilidade jurídica do pedido) e quem pede é o provável titular da relação jurídica de direito material (legitimidade).

Essas idéias são totalmente ultrapassadas e insuficientes para a análise das ações constitucionais, quando estas são utilizadas para defesa de interesses manifestos de natureza difusa ou coletiva.

As ações constitucionais utilizadas na proteção do meio ambiente perdem a sua efetividade em função da teimosia dos operadores do direito em aplicar as concepções clássicas do processo tradicional às lides coletivas, fato este que empobrece a sua eficácia e diminui a potencialidade desses importantes instrumentos de tutela dos novos direitos.

A superação dos obstáculos à efetividade das ações constitucionais depende da mudança da mentalidade dos operadores do direito. Os institutos processuais devem sempre ser entendidos/interpretados à luz da Constituição Federal, e o acesso à justiça como princípio básico do Estado Democrático de Direito deve ser compreendido numa noção bem mais ampla que a singela preocupação com custas judiciais.

Os direitos difusos exigem uma interpretação mais flexível acerca de institutos como legitimidade, coisa julgada, adstrição ou congruência da sentença com os pedidos, inércia, verdade real e outros dogmas do processo tradicional arquitetado para a solução dos conflitos individuais.

A legitimidade, tanto ativa como passiva, deve ser vista numa perspectiva ampliada. A coisa julgada deve ter efeitos erga omnes e ser relativizada para o ambiente, nas hipóteses em que ficar evidente a insuficiência da prestação jurisdicional. O juiz deve julgar além do pedido quando outras medidas forem necessárias para a plena proteção do meio ambiente e não pode ser um mero espectador inerte do desenrolar do processo, deve antes assumir uma postura ativa na busca da verdade suficiente e da plena realização da justiça.

Conforme destaca Freitas [2001, p. 30], "o juiz não deve ser o espectador apático dos fatos que lhe são submetidos. Ao contrário, deve acompanhar a prova e avaliá-la tendo em vista o interesse coletivo na busca da verdade. Esse interesse, por ser público e genérico, sobrepõe-se aos casos em que a ofensa seja individual. Se for necessário, deve dirigir-se ao local da demanda, ver, ouvir, inteirar-se dos fatos".

Na tutela ambiental não precisa o juiz buscar a verdade material, tendo em vista que esta é por demais utópica e inatingível, deverá lutar por uma verdade ideal, suficiente, especialmente em sede de cognição sumária, quando é instado a prestar a tutela de urgência. As inevitáveis crises de incertezas na avaliação da prova devem sempre colocar o risco do lado oposto ao meio ambiente.(40) .

Um dos principais problemas da teoria do direito na atualidade em matéria ambiental é a falta de uma racionalidade prática, pois existe uma distância abissal entre o discurso teórico e as práticas que são implementadas. Esse problema infelizmente repercute diretamente na atuação do Poder Judiciário. A tutela do meio ambiente não precisa de teorias rebuscadas, trocadilhos inúteis e palavras bonitas, sentenças belíssimas na argumentação, mas sem efetividade, necessita sim de práticas judiciais comprometidas com os resultados concretos que contribuam para a defesa e a proteção do meio ambiente.

A utilização adequada e eficaz das ações constitucionais, com a superação dos conceitos e dogmas da processualística clássica, antes até de grandes reformas legislativas, depende principalmente da conscientização dos operadores jurídicos,⁽⁴¹⁾ para que o tão almejado acesso à justiça seja um ideal ao alcance de todos os cidadãos.

10. A participação nos procedimentos como forma de legitimação das decisões ambientais

Um dos princípios ambientais mais importantes é o princípio da participação, segundo o qual os cidadãos devem participar dos procedimentos e das decisões ambientais, não apenas por serem os destinatários diretos destas, mas também pelo compromisso que todos devem ter para com a defesa e a proteção do meio ambiente.

A participação de todos na proteção dos bens ambientais é salutar para o desenvolvimento de uma ética ambiental comprometida com um modo de vida ambientalmente correto (ex: uso de tecnologias limpas, reciclagem de lixo).

O princípio da participação, conforme Fiorillo [2003, p. 39], é o agir em conjunto que contempla dois elementos fundamentais: a informação e a educação. A participação é relevante para que o cidadão seja informado acerca de suas responsabilidades para com o meio ambiente.

A participação dos cidadãos nos procedimentos é fundamental para que tenham a plena convicção de que no processo tudo acontece pelo esforço sério, justo e intenso na investigação da verdade e na busca da justiça para que tenham certeza que a ajuda das instituições, em especial do Poder Judiciário, repercutirá positivamente na proteção dos seus direitos.⁽⁴²⁾

A importância da participação nas ações judiciais como forma de acesso à justiça é destacada por Machado [2000, p. 77], o qual, após

apontar como fundamentos para a participação a Convenção de Aarhus (Art. 9º, §§ 1-5) e a Declaração do Rio de Janeiro de 1992, enfatiza que "A possibilidade de as pessoas e de as associações agirem perante o Poder Judiciário é um dos pilares do Direito Ambiental. Para que isso se tornasse realidade foi necessária a aceitação do conceito de que a defesa do meio ambiente envolve interesses difusos e coletivos".

Um dos aspectos mais importantes da participação da sociedade na proteção do meio ambiente é o controle da Administração Pública, por intermédio do Poder Judiciário exercido diretamente, quando o cidadão ingressa com a Ação Popular ou através do Ministério Público, o qual representa institucionalmente os interesses da sociedade. O papel do Poder Judiciário é facilitar o acesso à justiça, garantindo o exercício efetivo desse direito.

A importância da participação no procedimento é destacada por Luhmann [1980, p. 96-97]:

"Através da sua participação no procedimento todos os intervenientes são induzidos a expor o âmbito decorativo e a seriedade do acontecimento, a distribuição dos papéis e competências de decisão, as premissas da decisão procurada, na verdade todo o direito, na medida em que não se discute a sua apresentação e confirmação por esse meio. Não basta que os representantes do poder anunciem com solenidade unilateral os princípios da sua opção e decisões. O que tem um valor especial é, precisamente, a cooperação daquelas que possivelmente ficam para trás, valor esse que após a confirmação das normas para sua fixação como premissas obrigatórias de comportamento e de compromisso pessoal." (43)

O devido processo legal substancial aplicado ao meio ambiente deve ser construído a partir da concretização dos direitos e garantias fundamentais e da participação dos cidadãos nos procedimentos administrativos e judiciais. Como exemplo de ampla participação popular através de audiências públicas para a resolução de questões ambientais, cabe citar os casos: Praia Brava (Itajaí); Schoping Iguatemi (Florianópolis).

Preciosa é a lição de Dinamarco [1987, p. 379] sobre a efetividade do processo e a respeito da importância da sua democratização. Para esse autor, processo efetivo é aquele apto a cumprir não apenas a sua função jurídica, de realizar o direito, como também a sua função social, de eliminar insatisfações com a justiça e servir como meio de educação para o exercício e o respeito aos direitos, e, ainda, a sua função política, de servir, precisamente, de canal para a participação do cidadão comum nos destinos da sociedade.

Conclusão

O Poder Judiciário desempenha um papel cada vez mais relevante na plena concretização do direito fundamental ao meio ambiente saudável e equilibrado, papel este que deve ser desempenhado por seus integrantes com idealismo, criatividade e responsabilidade social.

O Estado constitucional, além de ser democrático e social, deve também ser regido por princípios ecológicos e contemplar novas formas de participação popular para que os cidadãos possam efetivamente participar e decidir os destinos da vida ecológica comunitária. A propriedade não pode ser um instrumento utilizado apenas para a satisfação de interesses egoísticos e excessivamente personalistas, mas sim um direito com profundo espírito social exercido com responsabilidade ambiental. No Estado constitucional ecológico somente haverá proteção ao direito de propriedade que respeite o meio ambiente.

A qualidade das decisões é o aspecto mais importante na análise do papel do Poder Judiciário na proteção do meio ambiente, pois, além da especialização e do aumento do número de varas e da redução das custas do processo, o Judiciário tem que prestar uma jurisdição de qualidade para que assim possa influir positivamente nos destinos da humanidade, cumprindo a sua verdadeira missão.

Uma prestação jurisdicional de qualidade requer juízes idealistas e criativos com competência para criar um novo critério racional de justiça para o meio ambiente tanto no aspecto material quanto processual, o qual deve ser executado com uma hermenêutica própria e dentro de um procedimento mais democrático.

As fórmulas generalistas estabelecidas pelo Estado através de seus legisladores para regular as questões ambientais nem sempre são adequadas para a solução da infinita quantidade de casos e situações existentes e do conceito aberto e relativo do próprio meio ambiente. Essa deficiência não está apenas na omissão do Estado, na edição de normas, mas também no grande número de leis que são total ou parcialmente inexecutáveis, fato este que agrava ainda mais o problema da falta de efetividade do direito ambiental. É compreendendo o fenômeno jurídico com base numa perspectiva pluralista que a magistratura estará cumprindo com sua missão para o desenvolvimento pleno da pessoa humana na sociedade complexa do novo milênio.

A dogmática processual tradicional construída apenas para resolver conflitos individuais é insuficiente e inadequada para a proteção do meio ambiente. É dever do Estado e do Poder Judiciário facilitar o

acesso do cidadão à justiça ambiental não apenas criando outros instrumentos de defesa, mas principalmente conferindo uma interpretação adequada aos instrumentos processuais já existentes, como a Ação Civil Pública e a Ação Popular, para conferir-lhes a verdadeira amplitude e potencialidade.

Em razão do alto grau de conflituosidade apresentado nas questões ambientais - as quais envolvem tensões entre princípios e direitos fundamentais -, deve-se utilizar o critério da ponderação ecológica, segundo a qual o intérprete deverá, sem comprometer o núcleo essencial de outros direitos fundamentais ou princípios, conferir um peso maior ao meio ambiente, para assim prestigiar aquele bem jurídico que é o alicerce no qual se fundamenta e se assegura a própria vida humana no planeta.

O Poder Judiciário também deve facilitar o acesso à justiça ambiental e a democratização do processo, utilizando inclusive procedimentos que possibilitem a participação direta do cidadão, o qual é o maior advogado do meio ambiente. Com isso estará contribuindo para o desenvolvimento de uma ética de responsabilidade ambiental.

É com juízes idealistas e indignados com os ataques suicidas perpetrados contra a mãe natureza que será possível ao Poder Judiciário desempenhar o seu papel transformador da sociedade.

No novo milênio o Poder Judiciário, por intermédio dos seus valorosos juízes, deve ser o grande artífice da paz e o protagonista da melhora contínua das condições de existência humana no planeta. Eis o desafio!!

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 7. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

ARAÚJO, Francisco Milton; RIBEIRO, Luis José de Jesus. A hermenêutica jurídica e o magistrado. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Belém, v. 36, n. 70.

jan/jun 2003, p. 113-123.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Os pensadores. Tradução de Leonel Valiandro e Gerd Bornheim, da versão inglesa de W.D. Ross. Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

ATIENZA, Manoel. El derecho después del 11 de septiembre. Conferencia realizada na Universidad Castilla de La-Mancha, no Curso de Postgrado en derecho. Toledo, Espanha, 22 de janeiro de 2004.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. Da politicidade do poder judiciário. Revista de Estudos Criminais. Pontífice Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul, n. 02, 2002, p. 113-123.

BERI, Mário e outros. La Magistratura nello Stato Democratico, Quaderni di Iustitia. n. 18. Padova: Giuffrè, 1989, 301 p.

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. 184p.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. Ações Constitucionais: novos direitos e acesso à justiça. Florianópolis: Habitus Editora, 2001.

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. Doxa: Cuadernos de Filosofia Del Derecho. Alicante (Espanha), v. 2, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993.

CARCOVA, Carlos Maria. Direito Política e Magistratura. Trad. Rogério Viola Coelho e Marcelo Ludwig Dorneles Coelho. São Paulo: LTr, 1996.

CARVALHO, Amilton Bueno de. Magistratura e Direito Alternativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Luan, 1996.

CINTRA JR., Dirceu Aguiar Dias. A produção da cultura jurídica: A função do judiciário. Notas da palestra proferida no III Congresso Internacional de Direito, na Universidade Metodista de Piracicaba, em 05.11.1999.

CINTRA JR., Dirceu Aguiar Dias. O Juiz cidadão. Esboço de uma Crítica. Revista Alter Agora. Faculdade de Direito da UFSC. Florianópolis, n. 02, nov/1994, p. 20-24

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. São Paulo: RT, 1987

DINIZ, Maria Helena. As Lacunas do Direito. São Paulo: Saraiva, 1999, 312 p.

- DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Trad. Marta Gustavino, 5. reimpressão. Barcelona: Ariel, 2002.
- ENTERRIA, Eduardo García de. Democracia, Jueces Y control de la administración. 4. ed. amp. Madrid: Editorial Civitas, 1998, 340 p.
- FARIA, José Eduardo. Justiça e Conflito. Os juízes em face dos novos movimentos sociais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª ed. rev. e amplia. 1992.
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 4. ed. amp. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FREITAS, Vladimir Passos de (org.). Direito ambiental em evolução. Curitiba: Juruá, 1998.
- FREITAS, Vladimir Passos de. O Magistrado e o meio ambiente. Revista dos Tribunais. Ano 79, set/90, v. 659, p. 29-35;
- FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. Crimes contra a natureza: de acordo com a Lei 9.605/98. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 1998.
- GARAPON, Antoine. O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas. Rio de Janeiro, Revan, 2001.
- GAUCHET, Marcel. La Révolution des pouvoirs. La Souveraineté, le peuple et la représentation. Paris: Bréal éditions, 1995.
- HART, Herbert L. A. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1994.
- HERKENHOFF, João Baptista. A formação dos operadores jurídicos no Brasil. In: PINHEIRO, Pe. José Ernanne e outros (Orgs). Ética Justiça e Direito. Reflexões sobre a reforma do judiciário, Petrópolis: CNBB/Vozes, 1996.
- KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito. Tradução de João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- IBANEZ, Perfecto Andrés. Poder Judicial e democracia política: lições de um século. Revista da AJURIS n. 85, mar 2002. Porto Alegre: AJURIS, p. 376- 389.

- LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck. Direito Ambiental na Sociedade de Risco. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.
- LUHMANN, Niklas. Legitimação pelo Procedimento. Tradução de Maria da Conceição. Brasília: UNB, 1980.
- LUÑO, Antonio Enrique Pérez. Derechos Humanos, Estado de Derecho Y Constitucion. 8. ed. Madri: Tecnos, 2003. 639 p.
- MACHADO, Paulo Afonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 9. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MELO, Orlando Ferreira de. A Justiça Kelsen, Del Vecchio e Rawls. Revista Novos Estudos Jurídicos, Itajaí, a. 4, n. 06, mar 1998, p 35-40.
- MELO, Osvaldo Ferreira de. Dicionário de Política Jurídica. Florianópolis: OAB/SC - Editora, 2000. 104 p.
- MELO, Osvaldo Ferreira de. Fundamentos da Política Jurídica Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994. 136 p.
- MELO, Osvaldo Ferreira de. Jus Strictum x Juz Aequum: um dilema a ser resolvido. Revista Novos Estudos Jurídicos, Itajaí, a. 4, n. 09, set 1999, p 07-10.
- MELO, Osvaldo Ferreira de. Temas Atuais de Política Jurídica Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. 88 p.
- MONTEIRO, Cláudia Servilha. Argumentação Jurídica e Nova Retórica. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.
- MONTESQUIEU. O Espírito das Leis. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Rodrigues. 2. ed. Brasília: Editora UNB, 1992. 478 p.
- NALINI, José Renato. A cidadania e o protagonismo ambiental. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, n. 35, jul/set de 2004. p. 56-64.
- NALINI, José Renato. A função política do judiciário. Revista LEX jurisprudência do Su-premo Tribunal Federal Brasília, n. 272, ago 2001, p. 05-16.
- NALINI, José Renato. O futuro das profissões jurídicas. São Paulo: Oliveira Medes, 1998.
- NALINI, José Renato, Dez recados ao Juiz do III milênio. Revista CEJ, n. 07, ago. 1999, p. 65-74.

NALINI, José Renato. Magistratura e meio ambiente, Lex-Jurisprudência do STJ e TRFs 83, julho de 1996.

NEVES, Doris Castro. Poder Político e Poder Judiciário. Revista Cidadania e Justiça, a. 5, n. 10, primeiro semestre de 2001, p. 121-127.

PORTANOVA, Rui. Motivações ideológicas da sentença. Porto Alegre: Livraria do Advoga-do, 1994, 173 p.

PRUDENTE, Antônio de Souza. Ética e Deontologia da Magistratura no terceiro milênio. Revis-ta CEJ, n. 12, set/dez. 2000, p. 95-97.

PUGGINA, Márcio. Deontologia, Magistratura e Alienação. Revista da AJURIS, Porto Alegre: AJURIS, p. 169- 198.

RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000, 708 p.

SANCHES, Sidney. O Poder Judiciário e a tutela do meio ambiente. Revista de Informação Legislativa, n. 99, jul./set. 1988, p. 19-28;

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 3. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003 (primeira parte), 416 p.

SILVA, Dinarte Alves da. O conteúdo Sociológico e Político nas decisões judiciais. Revista da AJURIS, Porto Alegre: AJURIS, n. 75, set. 1999, p. 186-196.

TESSLER, Marga Inge Barth. O Juiz e a tutela jurisdicional do meio ambiente. Disponível em: Acesso em: 10 out. 2006.

WARAT, Luís Alberto. Introdução geral ao direito. Porto Alegre: Fabris, 1994, v. 1, 373 p.

WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001. 210 p.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo Jurídico. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Alfa Omega, 2001. 403 p.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O poder judiciário como poder político no Brasil do século XXI. Porto Alegre, Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a. 11, n. 38, 447p.

Anexo

DECISÃO QUE DESIGNOU A AUDIÊNCIA PÚBLICA EM MATÉRIA AMBIENTAL

Extraídas dos autos nº 2001.72.08.000141-4 da 2ª Vara Federal de Itajaí/SC

D E C I S Ã O

Trata-se de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal objetivando a recomposição do meio ambiente degradado em função de construções irregulares realizadas na Praia Brava (Itajaí-SC) e na Praia dos Amores (Balneário Camboriú-SC).

A controvérsia posta em juízo extrapola o estrito campo da aplicação da lei, tem desdobramentos que atingem também questões econômicas, políticas e principalmente sociais à medida que muitas famílias sobrevivem dos rendimentos obtidos do comércio estabelecido no local.

A questão não interessa apenas as partes envolvidas, é um problema que diz respeito a toda a sociedade que espera da justiça uma solução JUSTA E EFICAZ.

A complexidade da questão se avoluma na medida em que, ao lado do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, existem outros direitos igualmente de qualificação constitucional em conflito.

Quais sejam: o direito ao trabalho daqueles que do local retiram o sustento de suas famílias; o fomento ao turismo como fator de desenvolvimento social e econômico; o direito ao lazer, pois o local, por ser um dos mais belos do litoral catarinense, atrai diariamente centenas de pessoas para contemplar as suas maravilhas e encantos.

No cumprimento do meu dever como juiz e seguindo os ditames da minha consciência e da justiça tenho buscado sempre a composição dos conflitos de forma a obter a todo custo a pacificação social e, assim, a harmonia nas relações sociais, evitando, quando possível, a utilização da força repressora do Estado.

Considerando as peculiaridades da situação, o grande número de pessoas envolvidas, bem como a importância estratégica da região para o turismo e para o meio ambiente, tenho que a melhor solução para a justa composição do litígio deve ser a do consenso - objetivando assim não sacrificar os direitos fundamentais conflitantes.

Para isso, é necessário e de extrema importância que seja realizada uma AUDIÊNCIA PÚBLICA com as pessoas que participam do processo, instituições, entidades e os órgãos públicos envolvidos diretamente na questão ambiental da Praia Brava e Praia dos Amores.

Isso tudo porque, no presente caso, espero que ao final ninguém saia da demanda como "condenado" ou "vencido". Estarei, e estaremos todos, com plena consciência do dever cumprido se restar um único vencedor - a SOCIEDADE, que tem no meio ambiente um bem jurídico muito caro e precioso.

Para isso é preciso não medir esforços; todos precisam e podem ajudar:

a) os Municípios envolvidos, criando alternativas viáveis para as pessoas que sobrevivem do comércio e de outras atividades existentes no local, bem como desenvolvendo políticas públicas de planejamento e recuperação ambiental;

b) a imprensa, divulgando, conscientizando e informando a população da importância das medidas que serão tomadas e a relevância da proteção ambiental naquele local;

c) o Poder Judiciário, garantindo a proteção dos direitos e garantias fundamentais das pessoas envolvidas e o direito maior de todos A UM MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida para as presentes e futuras gerações;

d) o Ministério Público Federal, fiscalizando o cumprimento da lei;

e) os órgãos ambientais (IBAMA, FATMA), realizando estudos técnicos de planejamento e recuperação ambiental;

f) as organizações não governamentais (ONGs) e a sociedade organizada, fiscalizando e denunciando condutas lesivas ao meio ambientes;

g) as pessoas que exercem atividades ou residem no local, cumprindo as determinações da justiça e as leis ambientais;

Assim, certamente estar-se-á, sem prejuízo do resguardo e da proteção ao meio ambiente, garantindo também o direito à dignidade das pessoas envolvidas, as quais retiram o sustento de suas famílias dos estabelecimentos comerciais irregulares.

Para isso, designo AUDIÊNCIA PÚBLICA de conciliação:

DATA: 05/12/2001

HORÁRIO: 18:00 horas.

LOCAL: UNIVALI - Universidade do Vale do Itajaí - Auditório Prof. Nestor César de Carvalho, Bl. 16, Curso de Direito, 1º andar.

Obs: A audiência será aberta a todos os interessados.

2- Para o exato cumprimento desta decisão intinem-se pessoalmente as partes e expeçam-se convites para:

Prefeitos de Itajaí e Balneário Camboriú;

Procuradores Gerais dos respectivos Municípios Presidentes das Câmaras de Vereadores;

Promotor de Justiça Coordenador de Defesa do Meio Ambiente
Secretários Municipais do Meio Ambiente e Ação Social, ou áreas relacionadas;

Deputados da Região

Superintendente do IBAMA

Diretor-Geral da FATMA

Comandante da Polícia de Proteção Ambiental

Associação de moradores da Brava e Praia dos Amores

ONG - Voluntários pela verdade Ambiental.

Professores e alunos da UNIVALI, com pesquisas ou projetos desenvolvidos no local relacionados com o meio ambiente, na pessoa do Prof. Fernando Dio, Diretor do Centro da CETTEMar.

Professores das disciplinas de Direito Agrário e Ambiental da Univali.

3- Comunique-se a Direção do Foro para as providências necessárias à realização do evento.

Itajaí, 23 de novembro de 2001.

Zenildo Bodnar,
Juiz Federal Substituto

Notas

1. Conforme explica Pérez Luño [2003, p. 491] "los nuevos derechos propios de sociedad tecnológica, entre los que se inscribe el derecho a la calidad de vida, requieren transformaciones estructurales y políticas activas de los poderes públicos".

2. A expressão "Estado Constitucional Ecológico" é utilizada por José J. Gomes Canotilho, entre outros autores que estudam o Estado com esta perspectiva. [LEITE, 2002]

3. Um conceito adequado de meio ambiente para os objetivos desta monografia é o estabelecido no Art. 5o da Lei de Bases do Ambiente de Portugal, como sendo o "conjunto dos sistemas físicos, químicos, biológicos e as suas relações, e dos factores económicos, sociais e culturais com efeito directo ou indirecto, mediato ou imediato, sobre os seres vivos e a qualidade de vida do home".

4. A principal diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais é que os direitos humanos não estão circunscritos a um determinado Estado, apresentam valor universal, são direitos sem pátria na medida em interessam a toda a humanidade. O meio ambiente é um direito fundamental incluído no rol dos direitos humanos.

5. Pérez Luño [2003, p. 485] explica que "La inmediata incidencia del ambiente en la existencia humana, su transcendencia para su desarrollo y su misma posibilidad, es lo que justifica su inclusión en el estatuto de los derechos fundamentales". Esta também é a posição de Sarlet [2003. p. 75 e ss.]

6. A Constituição de 1988 estabelece no art. 170, inciso VI, que um dos princípios da ordem econômica é a defesa do meio ambiente.

7. Pérez Luño [2003, p. 492] cita a decisão n. 102/1995 do Tribunal Constitucional Espanhol segundo a qual "El ambiente es concepto esencialmente antropocêntrica y relativo. No hay ni puede haber una idea abstracta, intemporal y utópica del medio, fuera del tiempo del espacio. Es siempre una concepción concreta, perteneciente ahí hoy y operante aquí".

8. Pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, pós-Revolução Francesa, a propriedade era um direito sagrado e inviolável.

9. Direito estrito aqui é entendido como o direito positivado que tem como fonte oficial o Estado e como objetivos a segurança jurídica e paz social.

10. Hart (1994, p. 147): A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso.

11. Bobbio [1997, p. 120 e ss.] esclarece que pelo dogma da completude do ordenamento o juiz é obrigado a julgar e deve fazê-lo

de acordo com norma pertencente ao sistema. Cita que em alguns países, como a Itália, a lei autoriza o juiz a julgar por equidade apenas na falta de norma expressa.

12. Conforme Melo [2000, p. 37], equidade é "adequação da norma geral e abstrata à realidade fática, constituindo-se em fundamento de equilíbrio, proporção, correção e moderação na construção da norma concreta". No seu Dicionário de Filosofia Abbagnano, [1998, p. 339-340] expõe que equidade é "[...] apelo à justiça voltado à correção da lei em que a justiça se exprime". Rawls [2000, p.17/19] concebe a idéia de justiça como equidade, como sendo uma espécie de contrato em que pelo consenso, os indivíduos racionalmente aceitam certos princípios. A importância da equidade é explicitada por Diniz [1999, p. 243], seguindo a noção de Aristóteles: "Desempenha a equidade um papel corretivo, de um remédio aplicado pelo julgador para sanar defeitos oriundos da generalidade da lei, pois a aplicação fiel de uma norma a um caso concreto poderia ser injusta ou inconveniente. A equidade é, teoricamente, uma virtude de que deve lançar mão o aplicador, para temperar os rigores de uma fórmula demasiadamente genérica, fazendo com que esta não contrarie os reclamos da justiça".

13. 1. Art. 8º, inciso IV, do Decreto-Lei 5.452/43 (CLT); 2. Art. 108 da Lei 5.172, de 25.10.66 (CTN); 3. Art. 127 e 1.129 da Lei 5.869/73 (CPC); 4. Art. 126 do Código de Processo Penal; 5. Art. 6º da Lei 9.099/95, entre outros.

14. Kelsen [2000, p. 283], embora tendo uma concepção restrita quanto à possibilidade de o julgador criar Direito novo admite que "Os tribunais criam Direito, a saber – em regra –, Direito individual; mas dentro de uma ordem jurídica que institui um órgão legislativo ou reconhece o costume como fato produtor de Direito, fazem-no aplicando o Direito geral já de antemão criado pela lei ou pelo costume. A decisão judicial é a continuação, não o começo, do processo de criação jurídica".

15. Nesse sentido Bobbio [1997, p. 56].

16. Pois como expõe Montesquieu [1992, p. 121] "[...] se os julgamentos fossem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos".

17. Conforme Kelsen [2000, p. 282] quanto maior for a liberdade do interprete na definição do que é justo maior será a insegurança jurídica, ou seja, o princípio da flexibilidade do Direito, está na razão inversa da segurança jurídica. Para Kelsen [2000, p. 279] Segurança Jurídica "[...] consiste no fato de a decisão dos tribunais ser até certo

ponto previsível e calculável, em que os indivíduos submetidos ao Direito se poderem orientar na sua conduta pelas previsíveis decisões dos tribunais".

18. Esta é a posição de Melo [1999, p. 110] segundo o qual: O juiz exercerá um papel político-jurídico quando sem pôr em risco o Estado de Direito, corrigir os excessos de abstração da norma, adaptando seu preceito à realidade dos fatos, para criar a norma concreta. E um instrumento que estará à disposição daquele que é julgador do conflito e aplicador do Direito será a Epiqueia (Eqüidade), na formulação oriundo do excelso pensamento helênico tão bem representado por Aristóteles, quando a definiu como fundamento de equilíbrio, de proporção, de correção e de moderação".

19. Kelsen [2000 p. 281] explica que a doutrina da livre descoberta do Direito, surgiu com a influência da filosofia existencialista segundo a qual a realidade apenas pode ser "vivida" e dada a sua natureza concreta não pode ser explicada por conceitos abstratos nem regulada mediante normas gerais.

20. Warat [1994 p. 42]: "Interpretar a lei implica sempre a produção de definições eticamente comprometidas e por isso, persuasivas".

21. A justiça absoluta é impraticável, pois não há critérios definidos, palpáveis, empíricos para atingir o justo, tendo em vista que o Justo é uma idealidade. Uma decisão racional é aquela que é melhor entre decisões, mas principalmente a menos nefasta quanto às suas conseqüências.

22. Conforme Mello [1999, p. 09], "[...] para uma norma ser justa, deverá ela corresponder aos legítimos anseios sociais; à verdade dos discursos decorrentes da análise da realidade; ser comprometida com os princípios da liberdade e da igualdade e ainda ser respaldada pela Ética".

23. Conforme Hart p. 220, "Os juízes não estão confinados, ao interpretarem, quer as leis, quer os precedentes, às alternativas de uma escolha cega e arbitrária, ou à dedução 'mecânica' de regras com um sentido pré-determinado. A sua escolha é guiada muito freqüentemente pela consideração de que a finalidade das regras que estão a interpretar é razoável, de tal forma que não se pretende com as regras criar injustiças ou ofender princípios morais assentes".

24. Wolkmer [2001, p 219] define "o pluralismo como a multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sociopolítico, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ou não ser oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais".

25. Sobre Pluralismo Jurídico, ver obra do mesmo autor "Pluralismo Jurídico - fundamentos de uma Nova Cultura no Direito, São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

26. Conforme Wolkmer [2001, p, 304], ainda dentro das instituições oficiais é possível identificar a "prática" ou "uso" alternativo do direito. A prática é implementada por organizações da sociedade civil (serviço de assistência judicial extra-estatal) e o uso alternativo é feito pelos magistrados na atuação cotidiana (produção, interpretação e aplicação do direito).

27. Os desafios da atualidade decorrem dos novos conflitos sociais, da multiplicação de demandas e das lides coletivas. Intensifica-se a globalização, multiplicam-se os crimes organizados transnacionais; surge a crise do Estado e o aumento é cada dia maior das desigualdades sociais.

28. PAJARDI [1989, p.165] explica também que "È necessario Che il nuovo penetri maggiormente la realtà sociale che sta sotto le carte che gli presentano, e dentro le persone Che davanti a lui".

29. Este mesmo autor em outro artigo defende que na situação pré-falimentar em que se encontra o Poder Judiciário, "diante do arcaísmo da prestação jurisdicional oferecida, os tempos se mostram favoráveis à revolução interna essencial. Mente aberta e esclarecida, busca decidida de soluções, coragem cívica para implantá-las. Senso ético apurado, no compromisso de fazer justiça e de resgatar a cidadania de tantos excluídos" [NALINI, 1996, p. 20]. Destaca ainda que o "Juiz moderno" deve adotar "postura diversa da tradicional, como ser ascético, distanciado da realidade, formulador de soluções de conflitos, um produtor de justiça, atuando como intérprete dos valores tutelados pelo pacto fundante" [p. 14].

30. Sobre o tema escreve NEVES, Doris Castro. Poder Político e Poder Judiciário. Revista Cidadania e Justiça, ano 5, n. 10, primeiro semestre de 2001, p. 121-127.

31. O mesmo autor expõe que os paradigmas da justiça atual são: equidade, legalidade, Estado, dependência, relação vertical e princípio de ruptura; enquanto os paradigmas da justiça do terceiro milênio devem ser equilíbrio, legitimidade, sociedade, autonomia e relação horizontal.

32. Guelman [2002, p.72] destaca que a principal virtude do magistrado é o equilíbrio e que no papel de construtor do direito, e não de escravo da lei, o juiz se desincumbirá melhor de sua missão quando traçar o seu próprio caminho à luz de sua visão do mundo.

33. Duração dos mandatos eletivos no Brasil, exceto senador, que é de 8 anos.
34. Para Gauchet [1995, p . 24] o juiz como guardião do corpo social se impõe como um braço armado na defesa dos indivíduos contra os abusos do poder público.
35. Garapon, na obra o "Juiz e a Democracia: o guardião das promessas", analisa os destinos da política e do judiciário identificando pontos de contato. Defende que a demanda da justiça vem do desamparo da política e que a democracia não tolera outro julgamento que não o do juiz.
36. Enterria [1998, p. 133] destaca a importância do juiz como peça central do sistema democrático que contribui para a emancipação do indivíduo frente o Estado/Administração.
37. A ponderação é composta por três máximas: adequação, necessidade (possibilidades fáticas) e proporcionalidade em sentido estrito (possibilidade jurídica).
38. Conforme Sanches [1988, p. 27] "urge que o interesse social fique atendido, sem prejuízo do progresso material, científico, tecnológico, ou de outra ordem, desde que não se firam os interesses maiores ligados à vida, à saúde, à segurança, à cultura, à estabilidade, enfim, à paz de toda a comunidade".
39. O princípio da insignificância em matéria ambiental somente deve ser reconhecido em casos muito excepcionais, pois todo dano ao ambiente, independente de sua extensão, é relevante penalmente.
40. Conforme Luhmann [1980, p.32-33] "a concepção clássica do procedimento como busca da verdade substitui o conceito absoluto de verdade por um conceito relativo, que tranqüiliza o espírito. A convicção da autenticidade das decisões deveria ser divulgada pelo alcance duma verdade e justiça em que realmente se acredita. Nenhum sistema político pode, pois, fazer depender a sua estabilidade de atingir objetivos tão exagerados e ninguém está em situação de criar convicções para todos os termos atuais de decisão".
41. Conforme Brandão [2001, p. 264], não há necessidade de novos ritos para garantir cidadania e um efetivo acesso à justiça; o que é preciso é que os operadores do Direito percebam a nova realidade na qual devem operar, apliquem todo o instrumental que está à disposição deles e dos cidadãos e dêem a ele a efetividade para a qual se destina. A grande revolução no Direito ainda está para ser

operada, mas ela depende muito mais da postura de seus operadores do que de novos instrumentos.

42. Luhmann [1980, p. 105] explica que "O decurso do processo pode ser presenciado pelos não-participantes. Trata-se de facilitar o acesso, não tanto quanto à presença atual, mas sim enquanto presença efetiva, quanto à assistência. É decisivo que exista essa possibilidade. Ela fortalece a confiança, ou pelo menos impede a criação daquela desconfiança que se liga a todas as tentativas de guardar segredo".

43. Este autor ainda afirma que "A sociedade moderna atingiu um grau de complexidade através do qual o impossível se torna possível e tem, então de ser levado em conta. (...) adaptam-se a esta complexidade na medida em que levam a sua própria complexidade. Podem orientar a redução desta complexidade própria mediante uma combinação de diversos tipos de processos, que procuram atingir na diferenciação funcional, simultaneamente, uma adaptação política do sistema ao seu meio ambiente e uma adaptação administrativa e judicial do meio ambiente ao sistema. Um tal sistema tem elevadas chances de aproveitar as suas próprias possibilidades de decisão e, simultaneamente, alterar as expectativas do seu meio ambiente. Se realmente o conseguir, então legitima-se pelo procedimento." [Luhmann 1980, p. 201-202]